Sygn. akt KIO 1318/19

WYROK

z dnia 24 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Członkowie:

Anna Packo

Anna Osiecka
Aleksandra Patyk

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2019 r. przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą TRANSPORT HANDEL R. C. z siedzibą w Jasieniu, S. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano Drogowe „Bud Dróg" S. P. z siedzibą w Koluszkach, Kłys Roboty Drogowe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łagiewnikach Nowych, Maldrobud Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Myśliborzu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Łodzi z siedzibą w

Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „PRIMA" B. G. z siedzibą w Karwowie, Autostrada Mazowiecka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Wardex

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupnie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą TRANSPORT HANDEL R. C., S. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano Drogowe „Bud Dróg" S. P., Kłys Roboty Drogowe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Maldrobud Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą TRANSPORT HANDEL R. C., S. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano Drogowe „Bud Dróg" S. P., Kłys Roboty Drogowe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Maldrobud Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Robót Drogowo - Mostowych Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą TRANSPORT HANDEL R. C., S. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano Drogowe „Bud Dróg" S. P., Kłys Roboty Drogowe Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, Maldrobud Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej na rzecz Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Łodzi kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą

   koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 1318/19

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejony GDDKiA Oddział w Łodzi z podziałem na 3 części" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 7 lutego 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 27-60420. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych Sp. z o.o., R. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą TRANSPORT HANDEL R. C., S. P. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano Drogowe „Bud Dróg" S. P., Kłys Roboty Drogowe Sp. z o.o., Maldrobud Sp. z o.o. sp. komandytowa wniósł odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego zwrócenia się do Przystępującego (oferenta nr 8) - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „PRIMA" B. G., Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o., Wardex Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia rażąco niskiej ceny/kosztu, w następstwie którego doszło do błędnego wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu oraz braku podania podstawy prawnej odrzucenia oferenta nr 6 - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KBU Sp. z o.o., ALVAC S.A., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. oraz braku wezwania oferenta nr 1 - FBSerwis S.A. do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia rażąco niskiego kosztu oraz braku wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i nie zawierającej rażąco niskiej ceny lub kosztu.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie od Przystępującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i rażąco niskiego kosztu, w tym w szczególności w zakresie kosztów wymienionych w pozycjach formularza 2.1 .b, a wskazanych Zamawiającemu szczegółowo przez Odwołującego w jego piśmie z 14 maja 2019 r.,

2. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego żądania od FBSerwis S.A. wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i rażąco niskiego kosztu, w tym w szczególności w zakresie kosztów wymienionych w pozycjach formularza 2.1.b, a wskazanych Zamawiającemu szczegółowo przez Odwołującego w piśmie z 14 maja 2019 r.,

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i podlegającej w ten sposób odrzuceniu,

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty FBSerwis S.A. mimo zawierania przez nią rażąco niskiego kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia i podlegającej w ten sposób odrzuceniu,

5. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, która winna podlegać odrzuceniu w oparciu o zastosowanie podstawy zawartej w niniejszym zarzucie,

6. art. 90 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie polegające na braku zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w zakresie oferty Przystępującego mimo pisemnej sygnalizacji Odwołującego skierowanej do Zamawiającego w tym przedmiocie, zważywszy także na fakt, że Przystępujący w punkcie 11. swojej oferty nie zastrzegł informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz nie podał numeru załącznika, w którym takie informacje miałyby zostać zawarte, a ponadto brak jest informacji

o powyższym zastrzeżeniu na platformie zakupowej Zamawiającego,

7. art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak dopełnienia przez Przystępującego obowiązku wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu,

8. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnego z zasadami proporcjonalności i przejrzystości postępowania, poprzez niezwrócenie się do Przystępującego o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny lub kosztu, mimo sygnalizacji w tej materii ze strony Odwołującego w piśmie z 14 maja 2019 r.,

9. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 i ust. 1 a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, mimo że w świetle naruszeń ww. przepisów ustawy wybór taki należy traktować jako dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych,

10. art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak jawności działań Zamawiającego, który nie publikuje pism kierowanych do oferentów, w tym w szczególności pism kierowanych do FBSerwis S.A. i Przystępującego, a dodatkowo nie zamieszcza żadnych wzmianek o dokonanych czynnościach na dedykowanej ku temu platformie, zważywszy, że zgodnie z punktem 1. Instrukcji Dla Wykonawców (IDW) Zamawiający wyraźnie wskazał, że: „Komunikacja między zamawiającym a wykonawcami w niniejszym postępowaniu odbywa się przy użyciu Platformy zakupowej (dalej: Platforma). Ilekroć w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia lub w przepisach o zamówieniach publicznych mowa jest o stronie internetowej należy przez to rozumieć także Platformę”, a tym samym wszystkie dokumenty dotyczące przebiegu postępowania winny być publikowane na platformie zakupowej pod linkiem ,

11. art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak podania przez Zamawiającego powodów odrzucenia oferty oferenta nr 6, a tym samym niezachowanie zasad uczciwej konkurencji, bowiem Zamawiający dopuścił się dyskryminacji jednego z oferentów, a tym samym nie zapewnił całemu postępowaniu waloru zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert Przystępującego i/lub FBSerwis S.A., a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ewentualnie

2. uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia w przedmiotowym postępowaniu Przystępującego i/lub FBSerwis S.A. lub powtórzenie czynności Zamawiającego polegającej na badaniu ofert lub nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że 1 lipca 2019 r. uzyskał od Zamawiającego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 2, które zostało opublikowane na platformie zakupowej eB2B Zamawiającego.

1. W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zgodnie z punktem 19.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia cena stanowi kryterium oceny ofert o wartości 60%. Mimo nadania takiego waloru przy finalnej ocenie ofert, Zamawiający dopuścił się naruszenia ww. normy poprzez zaniechanie żądania od Przystępującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty w zakresie zawarcia w ofercie rażąco niskiego kosztu w zakresie kosztów wymienionych w pozycjach formularza 2.1.b „Bieżące utrzymanie sieci drogowej w zakresie utrzymania strukturalnego dróg i obiektów inżynierskich”, a wskazanych Zamawiającemu szczegółowo przez Odwołującego w jego piśmie z 14 maja 2019 r., w szczególności w zakresie pozycji:

Lp. 1 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 13 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 14 - koszt jest rażąco niski z uwagi na zapisy i wymogi Specyfikacji D- 05.03.26a, które powodują, że koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 15 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 16 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 18 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 19 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 20 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 21 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 37 - w zakresie cen materiałów ich rynkowy koszt jest wyższy niż założony;

Lp. 38 - w zakresie cen materiałów ich rynkowy koszt jest wyższy niż założony;

Lp. 39 - w zakresie cen materiałów ich rynkowy koszt jest wyższy niż założony;

Lp. 40 - rynkowy koszt zakupu materiału jest wyższy niż globalny koszt dla całej pozycji;

Lp. 41 - rynkowy koszt zakupu materiału jest wyższy niż globalny koszt dla całej pozycji;

Lp. 44 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi na zapisy Specyfikacji D-08.01.01a;

Lp. 46 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi na zapisy Specyfikacji D-08.01.01a;

Lp. 49 - rynkowy koszt zakupu materiału jest bardzo wysoki w stosunku do ceny globalnej wskazanej w tej pozycji;

Lp. 50 - sam koszt materiału jest wyższy niż globalny koszt wskazany dla całej pozycji;

Lp. 51 - sam koszt materiału jest wyższy niż globalny koszt wskazany dla całej pozycji;

Lp. 52 - sam koszt materiału jest wyższy niż globalny koszt wskazany dla całej pozycji;

Lp. 53 - sam koszt materiału jest wyższy niż globalny koszt wskazany dla całej pozycji;

Lp. 54 - sam koszt materiału jest wyższy niż globalny koszt wskazany dla całej pozycji;

Lp. 58 - koszt zakupu materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie dla całej pozycji;

Lp. 59 - koszt zakupu materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie dla całej pozycji;

Lp. 60 - koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie dla całej pozycji;

Lp. 61 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi na zapisy Specyfikacji D-03.02.01a;

Lp. 62 - koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie dla całej pozycji;

Lp. 63 - koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie dla całej pozycji;

Lp. 67 - koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie dla całej pozycji;

Lp. 68 - koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie dla całej pozycji;

Lp. 73 - koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie, dodatkowo wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi na zapisy Specyfikacji D-03.02.01;

Lp. 74 - koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie, dodatkowo wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi na zapisy Specyfikacji D-03.02.01;

Lp. 76 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi na zapisy Specyfikacji D-06.04.01a;

Lp. 77 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi na zapisy Specyfikacji D-06.04.01a;

Lp. 78 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi na zapisy Specyfikacji D-06.04.01a;

Lp. 82 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;
Lp. 83 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 87 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż sam koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 89 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż sam koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 117 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż sam koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 118 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż sam koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 120 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż sam koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 124 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż sam koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 129 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż sam koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 130 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż sam koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 134 - sam koszt usługi sprzętowej niezbędnej do załadunku/rozładunku przewyższa koszt wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 135 - sam koszt usługi sprzętowej niezbędnej do załadunku/rozładunku przewyższa koszt wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 136 - sam koszt usługi sprzętowej niezbędnej do załadunku/rozładunku przewyższa koszt wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 137 - sam koszt usługi sprzętowej niezbędnej do załadunku/rozładunku przewyższa koszt wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 141 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 142 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 144 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 148 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 149 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 155 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 162 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż

wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 164 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż

wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 168 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż

wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 174 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż sam koszt zakupu materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 177 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż

wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 180 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż

wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 190 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż

wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 200 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż

wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 202 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż

wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 203 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż

wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 204 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż

wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 205 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału i robocizny jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 209 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału i robocizny jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 210 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału i robocizny jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 211 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału i robocizny jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego;

Lp. 212 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału i robocizny jest wyższy niż wskazany w ofercie Przystępującego,

a tym samym, skoro koszt wykazany w ww. 70 pozycjach kosztorysu, w tym w szczególności w zakresie pozycji formularza 2.1.b jest ceną/kosztem mniejszą niż koszt wytworzenia przez producenta materiału, będącego tylko jedną ze składowych danej pozycji, to Przystępujący, który nie jest producentem, wykazał cenę/koszt rażąco niską, zaś tak skonstruowana oferta, która diametralnie odbiega od realiów rynkowych została błędnie skalkulowana. Mimo takich działań ze strony Odwołującego nastąpiło zaniechanie przez Zamawiającego polegające na braku żądania od Przystępującego wyjaśnień.

Zamawiający, mając ustawowe narzędzie do rozstrzygania wątpliwości, nie posłużył się nim, mimo że także ekonomika postępowania przetargowego oraz interes Zamawiającego i pozostałych oferentów by na tym zyskały.

Jeśli oferent nr 8 nie jest producentem danego materiału, to w warunkach rynkowych nie jest w stanie zapewnić sobie materiału na potrzeby niniejszego postępowania przetargowego, którego cena jest niższa niż cena rynkowa producentów. Taki koszt nie może zostać także potraktowany jako tajemnica przedsiębiorstwa, skoro zgodnie z punktem 14.10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Zamawiający informuje, iż zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli Wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, w sposób niebudzący wątpliwości zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, załączając stosowne wyjaśnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Wszelkie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które Wykonawca pragnie zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa, winny być załączone na Platformie w osobnym pliku wraz z jednoczesnym zaznaczeniem polecenia załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa” - zaś oferta Oferenta nr 8 nie zawiera takiego zastrzeżenia.

Zgodnie z tezą zawartą w orzeczeniach nie zasługuje na ochronę na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych objęcie tajemnicą informacji w ofercie składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia wówczas, gdy jedynym celem (interesem), prowadzącym do uzyskania zamówienia, jest dla wykonawcy uniemożliwienie innym wykonawcom, którzy złożyli oferty konkurencyjne, zapoznanie się z jego ofertą.

2. Zamawiający dopuścił się naruszenia normy art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie żądania od FBSerwis S.A. wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie w zawierania przez nią rażąco niskiego kosztu w zakresie kosztów wymienionych w 70 pozycjach formularza 2.1.b, a wskazanych Zamawiającemu szczegółowo przez Odwołującego w piśmie z 14 maja 2019 r. Skala zaniechania jest tym bardziej rażąca, że Odwołujący wskazał, obrazując Zamawiającemu kwestię rażąco niskiego kosztu oraz tego, że wykazany w pozycjach koszt odbiega rażąco również od cen poszczególnych elementów cenotwórczych składających się na tę pozycję kosztorysową. Działanie Odwołującego miało na celu to, by Zamawiający zwrócił się do oferenta nr 1 o udzielenie wyjaśnień, w tym poprzez złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie zawartych w kosztorysie ofertowym następujących pozycji kosztorysowych zawartych w kosztorysie ofertowym - formularzu 2.1.b „Bieżące utrzymanie sieci drogowej w zakresie utrzymania strukturalnego dróg i obiektów inżynierskich”:

Lp. 1 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 10 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 11 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 12 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 14 - koszt jest rażąco niski z uwagi na zapisy i wymogi Specyfikacji D-05.03.26a, które powodują, że koszt przedstawiony przez Oferenta nr 1 jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 16 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 18 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 19 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 20 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 21 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 37 - w zakresie cen materiałów ich rynkowy koszt jest wyższy niż założony przez Oferenta nr 1;

Lp. 38 - w zakresie cen materiałów ich rynkowy koszt jest wyższy niż założony przez Oferenta nr 1;

Lp. 40 - rynkowy koszt zakupu materiału jest wyższy niż zawarty przez Oferenta nr 1 globalny koszt dla całej pozycji;

Lp. 41 - tylko koszt zakupu materiału jest wyższy niż zawarty przez Oferenta nr 1 globalny koszt dla całej pozycji;

Lp. 44 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi na zapisy Specyfikacji D-08.01.01a;

Lp. 49 - rynkowy koszt zakupu materiału jest bardzo wysoki w stosunku do ceny globalnej wskazanej w tej pozycji przez Oferenta nr 1;

Lp. 50 - sam koszt materiału jest wyższy niż globalny koszt wskazany dla całej pozycji;

Lp. 51 - sam koszt materiału jest wyższy niż globalny koszt wskazany dla całej pozycji;

Lp. 52 - sam koszt materiału jest wyższy niż globalny koszt wskazany dla całej pozycji;

Lp. 53 - sam koszt materiału jest wyższy niż globalny koszt wskazany dla całej pozycji;

Lp. 54 - sam koszt materiału jest wyższy niż globalny koszt wskazany dla całej pozycji;

Lp. 57 - koszt zakupu materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie dla całej pozycji;

Lp. 58 - koszt zakupu materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie dla całej pozycji;

Lp. 60 - koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie dla całej pozycji;

Lp. 61 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi na zapisy Specyfikacji D-03.02.01a;

Lp. 62 - koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie dla całej pozycji;

Lp. 63 - koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie dla całej pozycji;

Lp. 71 - koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie, dodatkowo wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi na zapisy Specyfikacji D-03.02.01;

Lp.72 - koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie, dodatkowo wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi na zapisy Specyfikacji D-03.02.01;

Lp. 73 - koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie, dodatkowo wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi na zapisy Specyfikacji D-03.02.01;

Lp. 74 - koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie, dodatkowo wskazany koszt, jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi ha zapisy Specyfikacji D-03.02.01;

Lp. 76 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi na zapisy Specyfikacji D-06.04.01a;

Lp. 77 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi na zapisy Specyfikacji D-06.04.01a;

Lp. 78 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi na zapisy Specyfikacji D-06.04.01a,

Lp. 81 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 82 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 85 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski;

Lp. 87 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż sam koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 89 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż sam koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 111 - rynkowy koszt materiału jest wysoki w stosunku do ceny globalnej wskazanej w tej pozycji;

Lp. 121 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż sam koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 124 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż sam koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 125 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż sam koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 137 - sam koszty usługi sprzętowej niezbędnej do załadunku/rozładunku przewyższa koszt wskazany w ofercie;

Lp. 138 - sam koszt zakupu materiałów przekracza koszt wskazany dla całej pozycji;

Lp. 144 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 148 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 149 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 151- wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 152 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 155 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 164 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 172 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż sam koszt zakupu materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 174 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż sam koszt zakupu materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 180 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 196 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 204 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 208 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału i robocizny jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 209 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału i robocizny jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 210 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału i robocizny jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 211 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału i robocizny jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 212 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału i robocizny jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 213 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału i robocizny jest wyższy niż wskazany w ofercie;

Lp. 214 - wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski, gdyż koszt materiału i robocizny jest wyższy niż wskazany w ofercie.

Skoro koszt wykazany w ww. pozycjach kosztorysu, w tym w szczególności w zakresie kosztów wymienionych w pozycjach formularza 2.1 .b, jest ceną/kosztem mniejszym niż koszt wytworzenia przez producenta samego materiału, będącego tylko jedną ze składowych tej pozycji (obok np.: kosztów robocizny), to Oferent nr 1, który nie jest producentem, wykazał koszt rażąco niski, zaś tak skonstruowana oferta, która diametralnie odbiega od realiów rynkowych, została błędnie skalkulowana.

Mimo działań ze strony Odwołującego nastąpiło zaniechanie przez Zamawiającego żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie zawierania przez nią rażąco niskiego kosztu w zakresie kosztów wymienionych pozycjach formularza 2.1 .b.

3. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że zarzut ten jest skorelowany z zarzutem nr 1. Do naruszenia tej normy doszło poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego, zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i podlegającej w ten sposób odrzuceniu.

Skoro oferta Przystępującego stanowi jedynie 68,05% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający nie może posiłkować się przy dokonaniu oceny ofert tym, by wykluczyć najwyższą złożoną przez oferenta nr 6 ofertę lub dla pominięcia tej oferty w przyjęciu średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert posiłkować się terminem rażąco zawyżonej/wygórowanej oferty, która nie posiada definicji legalnej w ustawie Prawo zamówień publicznych. To Przystępujący winien wykazać, poprzez przedłożenie stosownych dowodów, że złożona przez niego oferta nie jest rażąco niska w stosunku do pozostałych ofert, zestawiając poszczególne elementy oferty z pozostałymi ofertami. Taki też obowiązek spoczywa na Przystępującym w myśl art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

który nie może przerzucać tego obowiązku poprzez posiłkowanie się sformułowaniem, że wartość pozostałych ofert (zważywszy, że złożono jeszcze 4 inne oferty) jest znacznie zawyżona w stosunku do wartości rzeczywistych, skoro to właśnie oferta Przystępującego odbiega od pozostałych ofert, które także zostały złożone przez doświadczone i znające realia rynkowe podmioty. Dodatkowo taka argumentacja, wobec braku znajomości specyfiki działania pozostałych oferentów, nie może się ostać, gdyż Przystępujący nie posiada wiedzy na temat sposobu kalkulacji ofert przez pozostałych oferentów. Wykluczenie oferty oferenta nr 6 bez podania podstawy prawnej takiego rozstrzygnięcia przez Zamawiającego także świadczy o formalnym naruszeniu, skoro w sposób całkowicie dyskrecjonalny eliminuje się złożoną ofertę, aby tylko nie zastosować obligatoryjnej podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego.

4. Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FBSerwis S.A. jako zawierającej rażąco niski koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i podlegającej w ten sposób odrzuceniu, Odwołujący stwierdził, że w piśmie z 14 maja 2019 r. wskazał Zamawiającemu kwestię rażąco niskiego kosztu oraz tego, że wykazany w pozycji formularza 2.1.b. koszt odbiega rażąco również od cen poszczególnych elementów cenotwórczych składających się na tą pozycję kosztorysową. Tym samym Odwołujący unaocznił Zamawiającemu precyzyjnie, że skoro koszt wykazany szczegółowo w przytoczonym piśmie i ofercie oferenta nr 1 jest kosztem mniejszym niż koszt wytworzenia przez producenta danego elementu, to oferent nr 1, który nie jest producentem, wykazał koszt rażąco niski, który diametralnie odbiega od realiów rynkowych i został błędnie skalkulowany, zaś oferta winna zostać odrzucona. Mimo tak precyzyjnego wykazania nieadekwatności do realiów rynkowych kosztu, Zamawiający nie tylko zaniechał podjęcia czynności wezwania do wyjaśnień, ale ponadto naruszył normę wyrażoną w stawianym zarzucie.

Mimo wykazania przez Odwołującego, że przyjęty przez oferenta nr 1 koszt znacznie odbiega od cen rynkowych materiałów przyjętych dla danych pozycji, które nie odpowiadają nawet rynkowym cenom zakupu samego materiału, co stanowi o faktycznym założeniu realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia materiałów potrzebnych do kompletnego wykonania robót budowlanych, Zamawiający nie podjął stosownych działań, przez co dopuścił się wskazanego naruszenia i bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty nr 1.

5. Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący stwierdził, że postawił niniejszy zarzut mając na uwadze możliwość subsumpcji zaniechań Zamawiającego w zakresie oceny oferty nr 8 także jako zawierającej błędy w obliczeniu kosztu i podlegającej w ten sposób odrzuceniu.

Skoro Odwołujący, jako profesjonalny wykonawca, zna aktualne realia rynkowe, zaś wykazany w kosztorysie ofertowym - formularzu 2.1.b przez Przystępującego koszt odbiega rażąco również od cen poszczególnych elementów cenotwórczych składających się na tę pozycję kosztorysową, to taka oferta winna podlegać odrzuceniu, jako zawierająca błędy w obliczeniu kosztu/ceny.

Dla zobrazowania skali oderwania konkretnego kosztu od realiów rynkowych Odwołujący wskazał jako przykład, pozycję Lp. 74 „wymiana wykonanie sączków z rur drenarskich PCV", gdzie sam rynkowy koszt zakupu materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie, a tym samym wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi na zapisy Specyfikacji

D-03.02.01, a mimo to Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty, mimo ewidentnego błędu w obliczeniu kosztu, a tym samym i ceny. Skoro koszt materiału wykazany w Lp. 74 nie odpowiada nawet aktualnym kosztom materiałów bez uwzględnienia kosztu robocizny polegającej na wymianie/wykonaniu sączków, to zaniechanie Zamawiającego w zakresie braku odrzucenia oferty czyni niniejszy zarzut zasadnym.

6. Co do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że jego ewidentność i prawidłowość wynika z faktu, że Zamawiający zaniechał posłużenia się instytucją, która zapewnia Zamawiającemu zachowanie należytej staranności w przypadku, gdy cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, rodzą wątpliwości i wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma szerokie pole do interpretacji tej normy w realiach konkretnego postępowania i winien zastosować niniejszą normę, nawet gdy nie jest w pełni przekonany co do słuszności takiego wezwania. Ustawodawca szeroko posłużył się we wskazanym przepisie klauzulami generalnymi „rodzą wątpliwości i wydają się" oraz „budzą

wątpliwości", by Zamawiający mógł, powołując się na swoją ocenę, skorzystać z uprawnienia do zwrócenia się o złożenie wyjaśnień. Co więcej, w myśl wzmiankowanej normy, Zamawiający zobligowany jest do jej stosowania i do wzywania do wyjaśnień, zaś w niniejszych realiach Zamawiający poprzez swoje zaniechanie dokonał obrazy norm art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, zachowując należytą staranność, winien, wobec rodzenia się wątpliwości, co najmniej skorzystać z normy zawartej w naruszonym przepisie i wezwać Przystępującego do wyjaśnień. Takie uchybienie jest jednocześnie skorelowane z zasadą jawności postępowania, która doznała uszczerbku także z uwagi na fakt, że Przystępujący nie zastrzegł na etapie składania oferty w punkcie 11. swojej oferty informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz nie podał numeru załącznika, w którym takie informacje miałyby zostać zawarte oraz brak informacji o powyższym na platformie zakupowej Zamawiającego. Zamawiający nie może zatem konwalidować takiego zastrzeżenia, jeżeli zostało złożone już po dacie złożenia oferty. Należy wskazać, iż brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, które ukrywane są tylko przed innymi wykonawcami w postępowaniu, a staną się jawne po podpisaniu umowy z Zamawiającym. Tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę przez cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do dnia podpisania umowy. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, aby informacje mogły zostać uznane za podlegające ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, wszystkie okoliczności spełnić muszą się w odniesieniu do nich łącznie i nie mogą być ujawnione do wiadomości publicznej, a nadto przedsiębiorca musi podjąć niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Wykonawca jest zobowiązany wykazać wszystkie przesłanki zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa najpóźniej wraz z pismem zawierającym informacje chronione, a uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie podlega uzupełnieniu, zaś w przypadku, gdyby takie uzasadnienie nie zostało sporządzone lub nie zawierało wszystkich przesłanek wymaganych dla zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wówczas należy traktować, że takie wadliwie uzasadnione informacje nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa i winny być udostępnione przez Zamawiającego pozostałym oferentom.

7. W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że zarzut oparty jest na skali zaniechania Zamawiającego, który nie zastosował względem Przystępującego normy wyrażonej w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, która nakłada na wykonawcę ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Skoro Zamawiający, dzięki zestawieniu ofert, posiadł wiedzę na temat rażąco niskiej ceny Przystępującego oraz dzięki pismu z 14 maja 2019 r. posiadł bardziej szczegółowy obraz w kwestii rażąco niskiego kosztu w pozycjach formularza 2.1.b, to zaniechanie Zamawiającego jest tym bardziej rażące, skoro nie dokonał przed wyborem najkorzystniejszej oferty, szczegółowego rozpoznania kwestii rażąco niskiej ceny i nie wymagał tego od Przystępującego, mimo że taki obowiązek wynika wprost z normy wyrażonej w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Takie wyjaśnienia winny być możliwie szczegółowe, aby nie pozostawić Zamawiającemu żadnych wątpliwości. Zgodnie z orzecznictwem niewskazanie przez zamawiającego w treści wezwania sposobu przedstawienia wyjaśnień oznacza, iż wybór w tym zakresie został pozostawiony wykonawcy. Niemniej jednak, wyjaśnienia te powinny być konkretne i wyczerpujące. Oznacza to, że wyjaśnienia powinny odnosić się do konkretnych wartości ekonomicznych. Ogólne twierdzenia dotyczące np. posiadanego doświadczenia lub zasobów personalnych nie mogą zostać uznane za spełniające ww. wymóg konkretności. Wyjaśnienia powinny również być kompletne, a zatem na ich podstawie zamawiający powinien móc ocenić, czy wykonawca uwzględnił w cenie oferty wszystkie istotne pozycje kosztowe.

8. Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że Zamawiający poprzez swoje zaniechanie w przedmiocie stosownych wezwań Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny/kosztu przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji. Brak skorzystania z norm wskazanych w zarzutach nr 1-7 odwołania w sposób pośredni oraz bezpośredni stanowi o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji, gdyż zarówno Odwołujący, jak i pozostali oferenci zostali pozbawieni przez Zamawiającego ochrony uczciwej konkurencji poprzez brak działań zmierzających do wyjaśnienia przez Przystępującego rażąco niskiej ceny/kosztu.

9. Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 i ust. 1 a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że zarzut ten stanowi wypadkową tego, że na skutek naruszenia przez Zamawiającego norm wyrażonych w art. 90 ust. 1 pkt 1 i ust.

1 a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może być mowy o tym, by postępowanie, którego uczestnikiem jest Odwołujący, mogło mieć walor udzielonego zgodnie z przepisami ustawy. Także w orzecznictwie wskazano, że jeżeli w ocenie ofert nie bierze udziału oferta, która została nieprawidłowo odrzucona, to mamy do czynienia z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem jeżeli w ocenie ofert bierze udział oferta Przystępującego nie podlegająca kontroli Zamawiającego z art. 90 ust. 1 pkt 1 i ust. 1 a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, mimo istnienia podstaw do jej zastosowania, wówczas mamy do czynienia z naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

10. Co do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że zarzut ten stanowi wypadkową bierności Zamawiającego w zakresie informowania oferentów o przebiegu postępowania poprzez brak jawności działań Zamawiającego, który nie publikuje pism kierowanych do oferentów oraz otrzymywanych od oferentów, w tym w szczególności pism kierowanych do oferenta nr 1 i Przystępującego, a dodatkowo nie zamieszcza żadnych wzmianek o dokonanych czynnościach na dedykowanej ku temu platformie, zważywszy, że zgodnie z punktem 1. Instrukcji Dla Wykonawców Zamawiający wyraźnie wskazał, że: „komunikacja między zamawiającym a wykonawcami w niniejszym postępowaniu odbywa się przy użyciu Platformy zakupowej , a tym samym wszystkie dokumenty dotyczące przebiegu postępowania winny być publikowane na platformie zakupowej pod wskazanym linkiem. Zamawiający czyni więc iluzorycznym zapis narzuconego przez siebie zapisu, skoro sam nie komunikuje się z oferentami w sposób w przewidziany w Instrukcji dla Wykonawców. Takie postępowanie stoi w sprzeczności z tezą wyrażoną w orzecznictwie, że zamawiający, po przekazaniu wykonawcom informacji dotyczącej oceny ofert ostatecznych, winien udostępnić te części protokołu i załączniki, które z tą czynnością były związane. Przede wszystkim postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

11. Co do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że zarzut ten stanowi wypadkową całkowitej dowolności Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty oferenta nr 6 bez podania podstawy prawnej takiego rozstrzygnięcia oraz powodów takiego działania Zamawiającego w stosunku do oferty nr 6. Tym samym takie zaniechanie Zamawiającego ma wpływ na pozostałych oferentów i jawność całego postępowania.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Zamawiający podkreślił na wstępie, że sposób sformułowania odwołania powoduje trudność w identyfikacji konkretnych okoliczności faktycznych ze stawianymi zarzutami.

W postępowaniu na część nr 2 zamówienia wpłynęło 5 ofert. Komisja przetargowa, na skutek badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny, stwierdziła, że jedynie w stosunku do oferty nr 8 może zachodzić podejrzenie rażąco niskiej ceny i pismem z 16 maja 2019 r., na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień. Przystępujący przedstawił wyjaśnienia wraz z licznymi dowodami na okoliczności podnoszone w wyjaśnieniach.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny lub kosztu. W orzecznictwie wypracowano stanowisko, zgodnie z którym punktem wyjścia do rozważań o rażąco niskiej cenie może być generalnie cena całkowita oferty, a nie poszczególne ceny jednostkowe, czy ceny poszczególnych elementów składających się na cały przedmiot zamówienia. Co do zasady obowiązek żądania wyjaśnień jest w pełni zależny od zamawiającego i występuje w przypadku, gdy zamawiający, oceniając oferty wykonawców, poweźmie wątpliwości co do całej ceny lub kosztu oferty. Zgodnie z orzecznictwem prawo do żądania wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że na decyzję zamawiającego w tym zakresie mogą mieć wpływ wykonawcy (wyrok SO w Poznaniu, sygn. akt X Ga 652/13). Ustawodawca uszczegółowił generalną zasadę występowania z żądaniem wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, wskazując w przepisie art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych na szczególne przypadki, w których żądanie złożenia wyjaśnień może być konieczne. Te szczególne przypadki ustawodawca odniósł do wartości matematycznie przeliczalnych, pozostawiając jednak zamawiającym możliwość ich oceny w konkretnym przypadku.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, mając na uwadze, że cena oferty nr 8 jest o 31,94% niższa od średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu, wezwał wykonawcę do wyjaśnień. W przypadku oferty nr 1 taka zależność nie wystąpiła. Zamawiający nie miał więc obowiązku wzywania do wyjaśnień wykonawcy, który złożył ofertę nr 1, a sam jako gospodarz postępowania nie powziął wątpliwości odnośnie realności ceny oferty.

Zamawiający, dokonując szacowania wartości zamówienia z należytą starannością, ustalił wartość zamówienia w części nr 2 na kwotę 99.694.715,86 PLN, zatem cena kwestionowanej oferty różni się zaledwie ok. 7% od wartości szacowanej, niekwestionowanej przez Odwołującego. Nadto wyłącznie oferta Przystępującego mieściła się w budżecie Zamawiającego, co stawia pod znakiem zapytania realność możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy oferującemu wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę niemal 50% wyższą niż szacunki Zamawiającego. Zamawiający nie ma realnego wpływu na „apetyt" w zakresie zyskowności uczestników postępowania, a tym samym oferowane przez nich poszczególne ceny w ofertach.

Zgodnie z orzecznictwem warunkiem wystosowania wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest to, czy zamawiający w toku badania i oceny oferty wykonawcy powziął wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny, kosztu lub istotnej części składowej. Odmiennie sytuacja przedstawia się na gruncie art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, którego zaniechanie zastosowania przez zamawiającego, w przypadku wystąpienia określonych w nim przesłanek, może stanowić podstawę do formułowania zarzutu. Wystosowanie wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi jednak uprawnienie zamawiającego polegające na tym, że dopiero w przypadku powzięcia przez niego wątpliwości co do zaoferowanej ceny, zwraca się do wykonawcy o przedłożenie stosownych wyjaśnień.

Wyjaśnienia dotyczące ceny oferty nr 8 przedstawione przez Przystępującego były obiektywnie kompletne, wyczerpujące i spójne. Zawierały wykazanie czynników, które miały wpływ na zaoferowanie danej ceny. Wykonawca do wyjaśnień załączył także liczne dowody. Domniemanie (jeśli w ogóle można o takim mówić) zaoferowania ceny rażąco niskiej ma charakter wzruszalny i może zostać obalone przez złożenie stosownych wyjaśnień popartych dowodami przez zainteresowanego wykonawcę.

Oceniając przedmiotowe wyjaśnienia Zamawiający brał pod uwagę także fakt, że ocena rażąco niskiej ceny nie może doprowadzić do wyeliminowania podmiotu, który przy użyciu reguł konkurencji, racjonalnej kalkulacji ekonomicznej i gospodarczej jest w stanie zaoferować znacznie tańszą od konkurencji realizację zamówienia. Obowiązek odrzucenia oferty materializuje się dopiero wtedy, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z orzecznictwem to zamawiający, oceniając ofertę, podejmuje decyzję, czy jego zdaniem cena oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia ustalonego z należytą starannością w toku szacowania wartości, czy też nie. Jeżeli zamawiający uzna, że ceny ofert wykonawców nie budzą wątpliwości co do ich wysokości, nie podejmuje czynności, o których stanowi przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W takiej sytuacji odwołujący, kwestionujący ocenę zamawiającego, zobowiązany jest udowodnić, że wskazane ceny ofert są na tyle wątpliwe, że noszą znamiona cen rażąco niskich, co zobowiązuje zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Ciężar dowodu, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, obciąża stronę, czy uczestnika postępowania odwoławczego, który z tego faktu wywodzi skutki prawne. Skoro odwołujący uważa, że wykonawca nie jest w stanie wykonać za zaoferowaną cenę zamówienia, to powinien to udowodnić. Samo podniesienie zarzutu, że oferta nie uwzględnia danego kosztu bez podania kosztów (kwot), jakie wiążą się z przywołanymi przez odwołującego okolicznościami, jest niewystarczające do udowodnienia rażąco niskiej ceny.

Ponadto zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 3 czy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób konieczny musi brać swój początek w wyjaśnieniach z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym odwołujący, bez odniesienia do realnej, a nie jedynie podejrzewanej przez siebie treści tych wyjaśnień, nie jest w stanie prawidłowo sformułować zarzutów.

Rozstrzygając sprawę w kontekście rażąco niskiej ceny, Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia lub zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Mając na uwadze fakt, że postępowanie wyjaśniające prowadzi się tylko w stosunku do tych wykonawców, których oferty zakwalifikowano jako zawierające wartości rodzące albo ustawowe, albo własne zamawiającego podejrzenie wystąpienia rażąco niskiej ceny lub

kosztu, pozostali wykonawcy nie są informowani o czynnościach podjętych w tym zakresie przez zamawiającego. W doktrynie podkreśla się, że zarówno wezwanie, jak i wyjaśnienia stanowią załączniki do protokołu postępowania i mogą być udostępnianie po wyborze oferty. Wykonawca, składając wyjaśnienia, może zastrzec, że nie mogą być one udostępniane. Wyjaśnienia te mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W przedmiotowej sprawie określony zakres wyjaśnień został przez Przystępującego zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający jednak uznał, że nie wykazano w wystarczający sposób, że przedmiotowe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do kwestii błędu w obliczeniu ceny lub kosztu, Zamawiający podkreślił, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej błędu. Zgodnie z przepisem art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych błąd należy rozpatrywać jako wadę oświadczenia woli w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego. Na podstawie przepisu art. 84 § 2 Kodeksu cywilnego, można powoływać się tylko na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny). Chodzi tu o błąd co do faktu, polegający na niezgodnym z rzeczywistością wyobrażeniu o istniejącym stanie rzeczy lub o treści czynności prawnej. Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić. Błędem w obliczeniu ceny będzie więc zastosowanie niewłaściwych jednostek miar, niewłaściwych ilości lub zakresu czynności, czy też zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT. Odwołujący nie wyartykułował, jaki błąd i na czym polegający zidentyfikował, tj. jaki stan zastany jest, a jaki powinien być jego zdaniem w ofercie.

O błędzie w obliczeniu ceny można mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższe wskazuje, że chodzi o błąd, który każdy z wykonawców może popełnić, czyniąc podstawą wyceny zamówienie, które nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu, czego oczekuje zamawiający.

Wykonawca, wnosząc odwołanie, ma obowiązek precyzyjnego wyrażenia swoich zastrzeżeń wobec czynności lub zaniechań zamawiającego, co oznacza konieczność określenia nie tylko podstawy prawnej zarzutu i żądania, ale również podstawy faktycznej - na tyle precyzyjnie, aby umożliwić stronie przeciwnej odniesienie się do tych zarzutów, a Izbie - ocenę ich zasadności. Precyzyjne zakreślenie podstawy faktycznej zarzutu powinno nastąpić już w treści odwołania. W przedmiocie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący nie wypełnił przedmiotowego obowiązku. Odnosząc się do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu, Zamawiający wskazał, że czynności związane z ewentualnym odrzuceniem oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, uwzględniając w tym zakresie przepisy prawa i orzecznictwo, powinny być poprzedzone przeprowadzeniem przez niego procedury weryfikacji ceny ofertowej przez złożenie wyjaśnień przez wykonawcę na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto trudno racjonalnie oczekiwać, że zamawiający każdorazowo będzie uchylał swoje decyzje na skutek gołosłownych twierdzeń innych wykonawców. Zastosowanie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga bowiem wystąpienia wątpliwości po stronie zamawiającego, a istnienie tych wątpliwości powinno wynikać z uzasadnionych przesłanek. Przedmiotowy przepis ma bowiem zastosowanie wówczas, gdy treść oferty budzi wątpliwości, jest niespójna, zawiera sprzeczności, w szczególności w zakresie spełnienia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do merytorycznej treści oferty. Oferty nr 1 i nr 8 takich wątpliwości u Zamawiającego nie budziły.

W przedmiotowej sprawie brak podania faktycznego uzasadnienia odrzucenia oferty nr 6 nie miało wpływu na przebieg i wynik postępowania o udzielenie zamówienia, zatem ma zastosowanie art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazujący oddalenie zarzutu.

III Stanowisko Przystępującego

Przystępujący po stronie Zamawiającego - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie

zamówienia: B. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „PRIMA" B. G., Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o., Wardex Sp. z o.o. również wnieśli o oddalenie odwołania.

Przystępujący podniósł, że zarzuty nr 1-5 odwołania w istocie dotyczą szacowania przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, o którym Odwołujący podjął informację w dniu otwarcia ofert. Odwołujący nie zwrócił się w terminie o dostęp do kosztorysów inwestorskich i wartości w zakresie usług, pomimo że miał taką możliwość. Wartość szacunkowa przyjęta przez Zamawiającego - 99.694.715,86 zł nie odbiega od wartości z ofert Odwołującego i FBSerwis S.A. Odwołujący wniósł o nierozpoznawanie zarzutów spóźnionych dotyczących czynności oszacowania wartości przedmiotu zamówienia, tj. zarzutów nr 1-5 odwołania.

Przystępujący wniósł tez o nierozpoznawanie zarzutów nr 1, 3 o 6-8 odwołania z uwagi na to, że dotyczą domniemanych przez Odwołującego „zaniechań Zamawiającego", a w rzeczywistości zaniechania te nie istnieją, gdyż czynności, których domaga się Odwołujący, zostały wykonane. Opierają się bowiem o założenie Odwołującego, jakoby Zamawiający zaniechał wyjaśnień w zakresie cen z oferty Przystępującego. Tymczasem Zamawiający przeprowadził tę czynność - szczegółowo i rzetelnie sformułował wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny oferty, a następnie ocenił złożone wyjaśnienia.

Przystępujący, na wezwanie Zamawiającego, 23 maja 2019 r. złożył szczegółowe wyjaśnienia w zakresie ogólnej ceny oferty, jak również cen konkretnych pozycji wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu z 16 maja 2019 r., natomiast Odwołujący, pomimo że miał możliwość złożenia wniosku o dostęp do wyjaśnień, w żaden sposób nie zakwestionował tych wyjaśnień w odwołaniu.

Ww. wyjaśnienia dotyczyły: 1) ogólnej ceny oferty; 2) kosztorysu ofertowego - formularza 2.1.a „Bieżące utrzymanie sieci drogowej w zakresie utrzymania rutynowego dróg i obiektów inżynierskich", co do: grupy robót V - utrzymanie znaków i elementów bezpieczeństwa ruch, grupy robót VIII - zieleń oraz grupy robót X - zimowe utrzymanie dróg; 3) kosztorysu ofertowego - formularza 2.1.b „Bieżące utrzymanie sieci drogowej w zakresie utrzymania strukturalnego dróg i obiektów inżynierskich", co do pozycji nr: 9, 49, 61-62, 76, 82-83, 89, 102,117-118,124-126, 136, 141, 148-149.

W ramach wyjaśnień Przystępujący złożył wyjaśnienia w zakresie części pozycji kosztorysu ofertowego - formularza 2.1 b, co do których Odwołujący obecnie podnosi, że dokonana przez Przystępującego wycena ma charakter nierynkowy. Dotyczy to pozycji nr: 49, 61-62, 76, 82-83, 89, 117-118, 124, 136, 141, 148-149. Zamawiający wezwał w tym zakresie szczegółowo do wyjaśnień.

Natomiast Odwołujący nie zapoznał się z dokumentacją postępowania i nie uwzględnił w odwołaniu, że Zamawiający szczegółowo wezwał do wyjaśnień i Przystępujący złożył wyjaśnienia.

Odwołujący w ramach odwołania nie kwestionuje w ogóle treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, nie formułuje też zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w związku z błędną oceną wyjaśnień. Zatem dokonana przez Zamawiającego pozytywna ocena wyjaśnień Przystępującego z 23 maja 2019 r. (w zakresie pozycji nr 49, 61-62, 76, 82-83, 89, 117, 118, 124, 136 ,141, 148, 149 kosztorysu ofertowego - formularza 2.1.b) potwierdzona wyborem jego oferty, nie została w ogóle zakwestionowana przez Odwołującego. W konsekwencji co najmniej w zakresie ww. pozycji odwołanie w ogóle nie powinno być rozpoznawane z tego względu, że nawet gdyby uznać rację Odwołującego co do konieczności wyjaśnień, to nie istnieje kwestionowane zaniechanie, ponieważ Zamawiający szczegółowo wezwał do wyjaśnień i dokonał badania.

Powyższa zależność została najprawdopodobniej dostrzeżona również przez samego Odwołującego, który w odwołaniu zakwalifikował zarzucane Zamawiającemu zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty jako naruszenie art. 87 ust. 1, a nie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzuty związane z zaniechaniem wezwania do złożenia wyjaśnień z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych są bezprzedmiotowe, jako że dotyczą w istocie zaniechań nieistniejących.

Z kolei zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w związku z jej rażąco niską ceną. Tymczasem zaniechanie to nie istniało w momencie wniesienia odwołania. Zaniechanie odrzucenia oferty jest elementem procesu badania i oceny oferty. Zamawiający przed

wniesieniem odwołania dokonał badania i oceny oferty Przystępującego, z uwzględnieniem złożonych przez niego wyjaśnień, w zakresie ceny oferty. Efektem tego procesu był wybór oferty Przystępującego. W związku z powyższym zarzut jest bezprzedmiotowy, jako że dotyczy nieistniejącego zaniechania.

Przystępujący - z ostrożności procesowej - przedstawił również „argumentację merytoryczną" w zakresie wszystkich pozycji powołanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Odwołujący sformułował część zarzutów (zarzuty nr 1 i 3) w sposób niewłaściwy, nieskonkretyzowany - blankietowy - uniemożliwiając tym samym ich ocenę przez Izbę i przez Zamawiającego oraz ustosunkowanie się do nich przez Przystępującego. Odwołujący w ramach uzasadnienia do podniesionych zarzutów nr 1 i 3 nie sprecyzował okoliczności, których dotyczą jego twierdzenia.

Przykładowo Odwołujący wskazał, że w zakresie pozycji nr 62 formularza 2.1.b „Regulacja wysokości wpustów krat żeliwnych wpustów ulicznych i włazów studni rewizyjnych wraz z elementami betonowymi (pierścień odciążający, płyta pokrywowa, płyta pośrednia, krąg betonowy)" cena przyjęta przez Przystępującego jest nierynkowa, bowiem „koszt materiału jest wyższy niż wskazany w ofercie Oferenta nr 8 dla całej pozycji". Z kolei w przypadku pozycji nr 44 formularza 2.1.b „Regulacja krawężnika betonowego, kamiennego na ławie betonowej w pionie i poziomie" Odwołujący wskazał, że „wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski z uwagi na zapisy specyfikacji D- 08.01.01a". Takie sformułowanie zarzutu jest całkowicie nieskonkretyzowane. Odwołujący co do pozycji nr 62 nie wskazał okoliczności faktycznych stanowiących podstawę jego wniesienia, tj. dlaczego uważa, że koszt materiału jest wyższy niż przyjęty przez Przystępującego. Odwołujący nie wskazał również, czy chodzi o rynkowy koszt materiału, koszt materiału wynikający z kosztorysu inwestorskiego, czy koszt materiału właściwy tylko dla Odwołującego. Dla wykonania pozycji nr 62 konieczny jest zakup co najmniej takich materiałów jak: pierścień odciążający w razie konieczności wymiany, masa zaprawowa CX oraz masa asfaltowa. Odwołujący nie wskazał, o cenę którego materiału mu chodzi. Analogicznie sytuacja ma się w przypadku przytoczonych przez Odwołującego w treści odwołania pozostałych pozycji.

Z kolei co do pozycji nr 44 Odwołujący nie wskazał, jakie konkretnie postanowienia specyfikacji D-08.01.01a miał na myśli. Specyfikacja D-08.01.01a jest dokumentem obejmującym szczegółowe wymagania co do materiałów, sprzętu oraz wykonania robót ujęte łącznie na 5 stronach. Nie sposób zatem ustalić, z którego postanowienia specyfikacji Odwołujący wywodzi, że cena poddana przez Przystępującego jest nierynkowa.

Takie sformułowanie zarzutów uniemożliwia Przystępującemu odniesienie się do twierdzeń Odwołującego. Zarzutu sformułowanego w ten sposób nie da się również ocenić, jako że nie wiadomo, co miałoby być punktem odniesienia dla oceny, czy działanie Zamawiającego było nieprawidłowe (tj. ceny rynkowe czy właściwe dla Odwołującego).

Powyższa argumentacja dotyczy również zarzutu nr 3, jako że w jego treści Odwołujący nawiązuje do treści zarzutu nr 1 i wskazuje, że zarzuty te są skorelowane.

Praktyka polegająca na braku postawienia sprecyzowanych zarzutów w odwołaniu, a następnie uzupełnianiu takich braków dopiero na posiedzeniu/rozprawie poprzez podanie zupełnie nowych okoliczności faktycznych została zanegowana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazuje się, że braki takie nie podlegają uzupełnieniu, jako że umożliwiałoby to formułowanie zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania. Odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego. Powinno konkretyzować zarzuty nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego. Oznacza to zatem obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości oferty, w sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Z zestawienia przepisów wynika, że podmiot wnoszący odwołanie i stawiający zarzuty wobec czynności i zaniechań zamawiającego dotyczących oceny oferty innego wykonawcy nie jest zupełnie zwolniony z obowiązku uwodnienia swoich twierdzeń oraz że ciężar dowodu nie spoczywa wyłącznie na zamawiającym oraz wykonawcy, co do którego oferty zgłoszono wątpliwości. W istocie jest tak, że podmiot wnoszący odwołanie również zobowiązany jest przedstawić dowody na okoliczności, że kwestionowana oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na poparcie swoich twierdzeń. W szczególności Odwołujący, w ramach uzasadnienia zarzutu naruszenia 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nawet nie skonkretyzował go w taki sposób, aby

umożliwić ocenę przez Zamawiającego i odniesienie się przez Przystępującego.

Zarzuty odwołującego dotyczące zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień oraz zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego (zarzuty nr 1 i 3) dotyczą częściowo pozycji kosztorysu ofertowego - formularza 2.1.b. których wartość jest znikoma w stosunku do ogólnej wartości oferty Przystępującego:

Ogólna wartość oferty Przystępującego wynosi 92.648.356,75 zł, tymczasem Odwołujący podnosi nierynkową wycenę pozycji, których wartość w stosunku do ogólnej wartości oferty jest znikoma, tj. mieści się w zakresie 800-10.000 zł za cały okres realizacji umowy. Dotyczy to aż 24 pozycji (nr 14-16, 20, 21, 41, 53, 54, 59, 60, 63, 73, 74, 82, 83, 117, 120,129, 130, 134, 137 168, 174, 177 i 188) spośród 71 pozycji zakwestionowanych przez Odwołującego. Ponadto zarzuty dotyczą częściowo pozycji, których realizacja może w ogóle nie nastąpić, w szczególności pozycje dotyczące wykonywania prac remontowych lub regulacyjnych, co do których nie wiadomo, czy w okresie realizacji umowy elementy ulegną takiej degradacji/rozregulowaniu, że zajdzie konieczność ich remontowania/regulowania, np. pozycje nr 1, 13, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 49, 87, 89, 129, 130 (prace remontowe) oraz nr 44, 61, 62, 63, (prace regulacyjne); pozycje dotyczące wykonywania prac w zależności od warunków pogodowych, co do których brak jest pewności, że będą musiały one zostać wykonane, np. pozycje nr 202, 203, 204,205.

W zakresie zarzutów naruszenia: art. 90 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust 1 i 3 (zarzut nr 6), art. 90 ust. 2 (zarzut nr 7), art. 7 ust. 1 (zarzut nr 8), art. 7 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 i ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut nr 9) Przystępujący wskazał, że Odwołujący przy ich formułowaniu nie dochował należytej staranności i zaniechał ustalenia stanu faktycznego postępowania przez co nie dowiedział się, że Zamawiający 16 maja 2019 r. dokonał wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 (zarzut nr 11) oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut nr 3) Odwołujący przedstawił argumentację, że Zamawiający odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KBU Sp. z o.o., ALVAC S.A. oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych SA bez podania w zawiadomieniu o wyniku postępowania z 1 lipca 2019 r. podstawy prawnej i faktycznej tej czynności. Dodatkowo Odwołujący kreuje teorię, że takie działanie Zamawiającego było celowe, tak by nie musiał uwzględniać oferty w kalkulacji średniej arytmetycznej cen złożonych ofert oraz że odrzucił ją na nieznanej ustawie Prawo zamówień publicznych podstawie dotyczącej „rażąco zawyżonej/wygórowanej oferty", co oparte jest na nieprawdzie. Tylko w wersji zawiadomienia o wyniku postępowania z 1 lipca 2019 r. opublikowanej na stornie postępowania na platformie zakupowej brak jest informacji o podstawie odrzucenia ww. oferty oraz uzasadnienia dla tej czynności. Jednakże w wersji zawiadomienia o wyniku postępowania z 1 lipca 2019 r. przekazanej bezpośrednio Odwołującemu, jak również wszystkim innym uczestnikom postępowania, Zamawiający wskazał, że podstawą odrzucenia oferty ww. wykonawcy były art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz szczegółowo przedstawił okoliczności faktyczne uzasadniające odrzucenie oferty na przytoczonych podstawach (brak poprawnego pełnomocnictwa do złożenia oferty, podpisanie oferty przez osobę nieposiadającą umocowania do reprezentowania wykonawcy). W związku z powyższym Odwołujący, formułując zarzuty nr 3 i 11, zdawał sobie sprawę z podstawy prawnej i faktycznej odrzucenia oferty oraz wiedział, że czynność ta nie miała nic wspólnego z ceną, jaką zaoferował ten wykonawca.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest całkowicie bezzasadny. Odwołujący, zarzucając Zamawiającemu zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty w zakresie pozycji nr: 1, 13-16, 18-21, 37-41, 44, 46, 49-54, 58-63, 67- 68, 73-74, 76-78, 82-83, 87, 89, 117, 118, 120, 124, 129, 130, 134-137, 141, 142, 144, 148, 149, 155, 162, 164, 168, 174, 177, 180, 190, 200, 202-205 oraz 209-212 kosztorysu ofertowego oparł się wyłącznie na subiektywnym przeświadczeniu co do cen materiałów i robocizny.

Odwołujący, dla poparcia swoich twierdzeń o nierynkowości przyjętych przez Przystępującego cen materiałów i robocizny, nie przytoczył jakichkolwiek dowodów (np. ofert dostawców czy zapytań ofertowych), nie odwołał się również do cen wynikających z kosztorysu inwestorskiego Zamawiającego. Zamiast tego powołał się na treść swojego pisma z 14 maja 2019 r., które również nie zawierało jakichkolwiek dowodów i stanowiło wyłącznie oświadczenie własne Odwołującego. W związku z tym, że Odwołujący jest bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem postępowania na jego korzyść, oświadczenie to nie może być zakwalifikowane jako dowód w postępowaniu odwoławczym.

Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu jakichkolwiek innych dowodów. Uznać zatem należy, że twierdzenia Odwołującego pozostają całkowicie gołosłowne. Nie sprostał on ciężarowi wykazania, że dokonana przez Przystępującego wycena kwestionowanych pozycji ma charakter nierynkowy.

Poszczególni konsorcjanci Przystępującego dysponują zasobami materiałowymi oraz możliwościami zakupu zasobów materiałowych na potrzeby wykonania przedmiotowego zamówienia po cenach niższych niż ceny rynkowe, a lider konsorcjum to znana i wiarygodna firma lokalna. Lider konsorcjum działa na rynku lokalnym właściwym dla miejsca realizacji zamówienia oraz posiada bazę, która będzie wykorzystywana przy realizacji zamówienia w odległości ok. 30 km od Łowicza (miejscowość Karwowo k. Sochaczewa). Dojazd z bazy do dróg, na których realizowane będzie zamówienie, zajmuje jedynie około 20 minut. Na terenie bazy znajduje się w pełni wyposażony warsztat samochodowy oraz wulkanizacyjny. Cały teren, na którym mieści się siedziba, ma ponad 2 ha powierzchni i stanowi własność konsorcjanta. Baza zlokalizowana jest w małej miejscowości, co wpływa na obniżenie kosztów utrzymaniowych. Dysponuje też własną betoniarnią oraz składem kruszyw. Informacje te znalazły się w wyjaśnieniach w zakresie ceny oferty. Uzyskiwanie cen w poszczególnych pozycjach - zarówno w zakresie materiałowym, jak i w zakresie możliwości wykonania poszczególnych elementów - jest inne dla wykonawców detalicznych, inne w przypadku podwykonawstwa, a inne w przypadku wykonawców wyspecjalizowanych w usługach utrzymania dróg. Natomiast brak konkretyzacji zarzutu ze strony Odwołującego uniemożliwia na tym etapie szersze odniesienie się do tego, dlaczego uważa on poszczególne ceny za nierynkowe, czy też poniżej kosztów wytworzenia.

Rynkowy charakter cen przyjętych przez Przystępującego w ww. pozycjach potwierdza okoliczność, że podobnie pozycje te wycenił Zamawiający w kosztorysie inwestorskim. W żadnej z pozycji wycena Przystępującego nie odbiega w sposób znaczący od wyceny Zamawiającego, zaś w przypadku szeregu pozycji jest niemal identyczna lub wręcz wyższa. Zarzut oparty jest na błędnej kwalifikacji prawnej. Odwołujący w uzasadnieniu do zarzutu dąży do wykazania, że Zamawiający dopuścił się naruszenia polegającego na zaniechaniu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie „rażąco niskiego kosztu" przyjętego w poszczególnych pozycjach formularza, więc zaniechanie zakwalifikowane powinno być z art. 90 ust. 1, a nie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy ogólnego wyjaśniania treści oferty oraz stanowi w istocie przepis ogólny w stosunku do art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi właściwą podstawę do wyjaśniania treści oferty w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Przystępujący wniósł o oddalanie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jako nieudowodnionego, opartego wyłącznie na przekonaniach Odwołującego oraz bezpodstawnego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezzasadny oraz przedwczesny. Czynienie Zamawiającemu zarzutu, że nie odrzucił oferty Przystępującego w związku z domniemanym wycenieniem niektórych pozycji kosztorysu ofertowego w sposób nierynkowy jest w obecnym stanie postępowania przedwczesne. Odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych musi zostać poprzedzone wezwaniem Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający 16 maja 2019 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do pozycji nr: 9, 49, 61, 62, 76, 82, 83, 89, 102, 117, 118,124-126, 136, 141, 148, 149. Odwołujący nie podniósł, że dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień Przystępującego była niewłaściwa, a jedynie nierynkową wycenę niektórych pozycji w formularzu, jednak w ogóle nie odwołał się do treści wyjaśnień Przystępującego czy do oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego.

Odwołujący nie sformułował też zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, sformułował wyłącznie zarzut zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest nie tylko przedwczesny, lecz także niekompatybilny z zarzutem naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1, który dotyczy wyjaśnienia treści oferty, a nie wyjaśnienia ceny oferty, to nie może skutecznie stawiać zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wskazał, że „zarzut jest skorelowany z zarzutem nr 1 powyżej". Przyjęcie takiej konstrukcji zarzutów nr 1 i 3 odwołania, jak zrobił to Odwołujący, jest niewłaściwe i wyklucza ich uwzględnienie przez Izbę.

Nie można zgodzić się z tezą Odwołującego, że Zamawiający w toku postępowania - w celu

wybrania oferty Przystępującego - dokonał zabiegu odrzucenia najdroższej ze złożonych ofert i pominął jej wartość przy ustalaniu średniej arytmetycznej ceny wszystkich ofert. Argumentacja Odwołującego jest o tyle nietrafna, że Odwołujący uzyskał od Zamawiającego wersję zawiadomienia o wyniku postępowania z 1 lipca 2019 r., gdzie wskazano, że podstawą odrzucenia oferty nr 6 były art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz szczegółowo przedstawił okoliczności faktyczne uzasadniające odrzucenie oferty na przytoczonych podstawach (brak poprawnego pełnomocnictwa do złożenia oferty, podpisanie oferty przez osobę nieposiadającą umocowania do reprezentowania wykonawcy). Zamawiający, mimo odrzucenia oferty nr 6, wcześniej wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. W związku z powyższym argumentacja Odwołującego oparta jest wyłącznie na jego przypuszczeniach, pomieszaniu przesłanek zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nie uwzględnia, że Przystępujący został wezwany do złożenia wyjaśnień ceny oferty. Niezależnie od powyższego twierdzenia Odwołującego w ramach tego zarzutu nie zostały udowodnione.

Odwołujący zarzucił, że cena oferty Przystępującego „odbiega od cen pozostałych ofert, które zostały złożone przez doświadczone i znające realia rynkowe podmioty".

To twierdzenie Odwołującego jest nieudowodnione. Odwołujący zarzucił Przystępującemu nierynkową wycenę niektórych pozycji formularza 2.1.b, a nie całej oferty. Tymczasem Odwołujący nie przedstawił nawet, jak wskazane kwestionowane przez niego pozycje wyceniali inni wykonawcy, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu. Odwołujący pominął również, że w żadnej z zakwestionowanych przez niego pozycji wycena Przystępującego nie odbiega w sposób znaczący od wyceny Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych jest całkowicie bezzasadny. Podstawa odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych nie dotyczy w ogóle zaoferowania nierynkowej ceny oferty, lecz obliczenia ceny oferty w sposób niezgodny ze sposobem obliczenia wynikającym przepisów prawa, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, względnie uwzględnienia niewłaściwej stawki podatku VAT. W orzecznictwie wskazuje się jednocześnie, że cena nierynkowa nie może być utożsamiana z błędem w obliczeniu ceny. Stwierdzenie błędu w obliczeniu ceny wymaga wykazania przez zamawiającego odstępstwa przez wykonawcę od sposobu jej ustalenia wskazanego przez zamawiającego, zaś stwierdzenie ceny rażąco niskiej wymaga dokonania negatywnej oceny wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę w tym przedmiocie, a więc stwierdzenia przez zamawiającego, że w warunkach danego postępowania wykonawca nie wskazał na żadne obiektywne czynniki, które pozwalają na skalkulowanie ceny na poziomie podanym przez wykonawcę.

Przystępujący oświadczył, że cena oferty, jak również cena wszystkich kwestionowanych przez Odwołującego pozycji kosztorysu ofertowego zostały obliczone w oparciu o prawidłowo ustalony zakres wymagań określony przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia oraz zawiera prawidłową stawkę podatku VAT.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezzasadny. Odwołujący przy formułowaniu zarzutu nie dochował należytej staranności i zaniechał ustalenia stanu faktycznego postępowania, przez co nie dowiedział się, że Zamawiający 16 maja 2019 r. dokonał wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty (Przystępujący wystąpił do Zamawiającego o przekazanie pełnej korespondencji między nim a Odwołującym i ustalił, że Odwołujący nie występował o udostępnienie wyjaśnień Przystępującego w zakresie ceny oferty). 23 maja 2019 r. Przystępujący złożył szczegółowe wyjaśnienia. Odwołujący nie formułuje jakichkolwiek zarzutów w stosunku do dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień Przystępującego ani nie wskazuje, że Zamawiający powinien wezwać do złożenia wyjaśnień ponownie.

Co do argumentacji Odwołującego dotyczącej art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i momentu zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa co do informacji przekazywanych Zamawiającemu, to jest ona całkowicie chybiona i nie ma związku z postępowaniem. Przystępujący nie zastrzegł przy składaniu oferty treści kosztorysu ofertowego - formularza 2.1.b jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zastrzeżenia takiego dokonał natomiast w ramach wyjaśnień z 23 maja 2019 r., gdzie tajemnicą przedsiębiorstwa objął

m.in. tę część wyjaśnień, która dotyczyła zakwestionowanych przez Odwołującego pozycji nr: 49, 61, 62, 76, 82, 83, 89, 117, 118, 124, 136, 141, 148, 149. Możliwość zastrzeżenia na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tajemnicy przedsiębiorstwa co do treści wyjaśnień dotyczących kalkulacji oferty dopiero w momencie składania tych wyjaśnień potwierdzono w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Nie można bowiem żądać od wykonawców, aby do dnia złożenia ofert przewidywali fakt wezwania do złożenia

wyjaśnień na etapie oceny ofert, przedmiot wezwania, czy oczekiwania zamawiającego. W przeciwnym wypadku byliby oni zmuszeni do zastrzegania treści ewentualnych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób także pominąć, że obowiązkiem wykonawcy zastrzegającego informacje jest wykazanie, że rzeczywiście informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykazanie byłoby oczywiście niemożliwe skoro wykonawca nie wie, przed terminem składania ofert, udzielenie jakich informacji będzie konieczne, aby sprostać wezwaniu zamawiającego.

Natomiast z uwagi na to, że Odwołujący nie wnosił o dostęp do wyjaśnień i nie próbuje ich kwestionować, jego argumentacja „poboczna" związana z zasadą jawności w ogóle nie ma zastosowania w postępowaniu. W związku z powyższym Przystępujący wniósł o oddalenie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako oderwanego od okoliczności faktycznych postępowania oraz opartego na błędnym założeniu co do momentu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezzasadny. Konstrukcja zarzutu jest nieprawidłowa. Przepis ten powinien być powołany w związku z innym przepisem, który nakłada na Zamawiającego obowiązek pewnego zachowania się, np. art. 90 ust. 1, jako że z samego art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika dla Zamawiającego jakikolwiek obowiązek. Z treści przepisu wynika, że jest on raczej skierowany do wykonawcy.

Przepis art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie dotyczy wzywania do złożenia wyjaśnień, lecz rozkładu ciężaru dowodu, że cena oferty nie jest rażąco niska. Tymczasem w ramach uzasadnienia zarzutu Odwołujący przedstawił argumentację, w której zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty, mimo że dysponował zestawieniem ofert oraz pismem Odwołującego z 14 maja 2019 r. W istocie Odwołujący zarzuca więc naruszenie art. 90 ust. 1, a nie art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut jest też nieadekwatny w okolicznościach postępowania w związku z faktem, że 16 maja 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty i w ramach wyjaśnień z 23 maja 2019 r. Przystępujący wykazał, że zaoferowana przez niego ogólna cena oferty, jak również cena niektórych z zakwestionowanych przez Odwołującego pozycji, była wyceniona w sposób rynkowy, co potwierdziła pozytywna ocena wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest całkowicie bezzasadny i niewłaściwie postawiony. Przepis ten stanowi normę generalną, która precyzowana jest przez przepisy nakładające na zamawiającego obowiązek zachowania się w określony sposób. Zatem zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powinien być skonkretyzowany poprzez odwołanie się do jakiegoś przepisu szczegółowego, określającego obowiązek, którego Zamawiający zaniechał. Tymczasem Odwołujący w treści uzasadnienia do zarzutu nie wskazał na jakikolwiek przepis konkretyzujący naruszenie art. 7 ust. 1 i nie wskazał, że naruszenie art. 7 ust. 1 stanowi konsekwencję naruszenia przez Zamawiającego innych przepisów określających konkretne obowiązki ciążące na Zamawiającym, które naruszył, albo z których się nie wywiązał.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 i ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezzasadny, a jego postawienie wiąże się z niedochowaniem przez Odwołującego należytej staranności przy ustalaniu faktycznego przebiegu postępowania. Wbrew twierdzeniom Odwołującego oferta Przystępującego podlegała kontroli Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przywołany przez Odwołującego wyrok nie dotyczy stanu faktycznego istniejącego w niniejszej sprawie.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezzasadny, a argumentacja Odwołującego opiera się wyłącznie na ogólnym przepisie art. 8 ust. 1 i pozostaje całkowicie oderwana od szczegółowej regulacji dotyczącej dokumentowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikającej z art. 96 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 96 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumentowanie postępowania, w tym w zakresie dokonywanych przez zamawiającego czynności oraz korespondencji wymienianej między zamawiającym a wykonawcami, odbywa się w ramach protokołu postępowania oraz załączników do protokołu. Zgodnie z art. 96 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych korespondencja, w tym wezwania do złożenia wyjaśnień oraz wyjaśnienia składane przez

wykonawcę stanowią załącznik do protokołu postępowania. Zgodnie z art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający udostępnia załączniki do protokołu nie wcześniej niż po wyborze oferty najkorzystniejszej, zaś zgodnie z § 4 ust. 1 ww. rozporządzenia udostępnienie protokołu postępowania odbywa się na wniosek wykonawcy.

Zatem w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie ma obowiązku publikowania korespondencji wymienianej z wykonawcami sam z siebie.

Działanie takie podejmowanie jest przez zamawiającego wyłącznie na wniosek wykonawcy. Tymczasem Odwołujący w toku postępowania nie wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie korespondencji wymienianej między Zamawiającym a Przystępującym, co Przystępujący ustalił po złożeniu do Zamawiającego wniosku o udostępnienie korespondencji wymienianej z Odwołującym.

Nie można również wywodzić obowiązku publikowania korespondencji wymienianej między Zamawiającym a wykonawcami z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących komunikami w postępowaniu. Postanowienie to dotyczy wyłącznie sposobu komunikacji w postępowaniu i wynika z niego, że odbywa się ona za pośrednictwem platformy zakupowej. Nawiązuje ono do art. 10a ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącego komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, a nie do regulacji dotyczącej dokumentowania przebiegu takiego postępowania. W związku z tym brak jest podstaw do wywodzenia obowiązku Zamawiającego publikacji na platformie zakupowej korespondencji wymienianej z wykonawcami w toku postępowania. Przywołany przez Odwołującego wyrok wydany został w zupełnie odmiennych okolicznościach od okoliczności niniejszego postępowania.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest oparty na twierdzeniach Odwołującego sprzecznych z rzeczywistym stanem rzeczy. Odwołujący podniósł, że Zamawiający odrzucił ofertę wykonawców: KBU Sp. z o.o., ALVAC S.A. oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. oraz nie podał podstawy prawnej i uzasadniania dla czynności odrzucenia. Istotnie, w wersji zawiadomienia o wyniku postępowania z 1 lipca 2019 r. opublikowanej na platformie zakupowej brak jest informacji o podstawie odrzucenia oferty ww. wykonawcy oraz uzasadnienia dla tej czynności. Jednakże w wersji zawiadomienia przekazanej bezpośrednio Odwołującemu i wszystkim innym uczestnikom postępowania Zamawiający wskazał, że podstawą odrzucenia oferty ww. wykonawcy były art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz szczegółowo przedstawił okoliczności faktyczne uzasadniające odrzucenie oferty na przytoczonych podstawach. Przystępujący uzyskał od Zamawiającego wersję zawiadomienia o wyniku postępowania przekazaną bezpośrednio Odwołującemu. W związku z tym wszyscy wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, także Odwołujący, posiadali wiedzę o zakresie podstaw prawnych i faktycznych odrzucenia oferty nr 6.

Niezależnie od powyższego po stronie Odwołującego brak jest interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w podnoszeniu zarzutów w stosunku do czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty tego wykonawcy oraz zaniechania polegającego na braku podania podstawy prawnej i uzasadniania tej czynności. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób odrzucenie oferty wspomnianego wykonawcy oraz rzekomy brak podania informacji o podstawie odrzucenia tej oferty powoduje, że Odwołującemu uniemożliwiono uzyskanie zamówienia, jak również nie wykazał, że może w związku z powyższym ponieść szkodę.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty Przystępującego i złożonych przez niego wyjaśnień, treść oferty wykonawcy FBSerwis S.A., treść pozostałych pism) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz dokumentów i oświadczeń złożonych w toku postępowania odwoławczego, w tym podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie od Przystępującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i rażąco niskiego kosztu, w tym w szczególności w zakresie kosztów wymienionych w pozycjach formularza 2.1 .b,

2. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego żądania od FBSerwis S.A. wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i rażąco niskiego kosztu, w tym w szczególności w zakresie kosztów wymienionych w pozycjach formularza 2.1 .b,

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty FBSerwis S.A. mimo zawierania przez nią rażąco niskiego kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia,

5. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu,

6. art. 90 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie polegające na braku zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w zakresie oferty Przystępującego,

7. art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak dopełnienia przez Przystępującego obowiązku wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu,

8. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnego z zasadami proporcjonalności i przejrzystości postępowania, poprzez niezwrócenie się do Przystępującego o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny lub kosztu,

9. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 i ust. 1 a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, mimo że w świetle naruszeń ww. przepisów ustawy wybór taki należy traktować jako dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych,

10. art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak jawności działań Zamawiającego, który nie publikuje pism kierowanych do oferentów, w tym w szczególności pism kierowanych do FBSerwis S.A. i Przystępującego, a dodatkowo nie zamieszcza żadnych wzmianek o dokonanych czynnościach na dedykowanej ku temu platformie,

11. art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak podania przez Zamawiającego powodów odrzucenia oferty oferenta nr 6, a tym samym niezachowanie zasad uczciwej konkurencji, bowiem Zamawiający dopuścił się dyskryminacji jednego z oferentów, a tym samym nie zapewnił całemu postępowaniu waloru zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Przywołane przepisy stanowią, co następuje.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 tego przepisu, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera dyspozycję, zgodnie

z którą, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy tym, zgodnie z ust. 1a art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera wskazanie na rozkład ciężaru dowodowego w procedurze wyjaśnień stanowiąc, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Z kolei zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podstawy odrzucenia oferty zawarte są także w art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (pkt 4.) lub zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (pkt 6.).

Art. 7 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych zawierają zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia i udzielania takich zamówień.

Art. 7 ust. 1 wskazuje, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Stosownie do treści art. 7 ust. 3 zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podkreśla zasadę jawności postępowania stanowiąc, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, zaś ust. 3 tego artykułu wskazuje na wyjątek od tej zasady, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Art. 96 ustawy Prawo zamówień publicznych reguluje sposób dokumentowania postępowania. Zgodnie jego ust. 1 w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający co najmniej informacje w tym przepisie wymienione, zaś oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania wykonawców, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu (ust. 2). Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (ust.

3). Z tym, że, jak wynika z § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128) zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek.

Z kolei art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera regulację wskazującą na informacje, które podlegają rozszerzonej jawności, tj. obowiązkowi informowania. Jak stanowi art. 92 ust. 1 zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni (w tym także wyjaśnienie powodów, dla których dowody przedstawione przez wykonawcę, zamawiający uznał za niewystarczające, w przypadku korzystania z instutucji self-cleaningu - zgodnie z ust. 1 a), 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, 4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu, 5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów, 6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów, 7) unieważnieniu postępowania - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Przy czym, zgodnie z art. 92 ust. 2, zamawiający udostępnia informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i 5-7, na stronie internetowej.

Analizując postawione zarzuty Izba przede wszystkim stwierdziła, że zarzuty te, pomimo licznie przywołanych przepisów, można podzielić na dwie główne grupy odnoszące się do dwóch kwestii: po pierwsze, dotyczące braku wezwania Przystępującego i wykonawcy FBSerwis S.A. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ich ofert - ceny poniżej kosztów świadczenia, a w konsekwencji - zaniechania odrzucenia tych ofert oraz po drugie, dotyczące braków w informowaniu Odwołującego o czynnościach Zamawiającego.

W zakresie pierwszej grupy zarzutów należy w pierwszej kolejności, dla porządku, odnieść się do zagadnień, na które zwracali uwagę Zamawiający i Przystępujący.

Po pierwsze - nie do końca prawidłowe przywołanie podstaw prawnych zarzutów. Instytucja wyjaśnień w zakresie poziomu ceny uregulowana została bowiem w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych i systemowo różni się od instytucji wyjaśnień, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przede wszystkim jest obowiązkowa - przy zaistnieniu warunków wskazanych w przywołanej normie. Z tego powodu jest też bardziej sformalizowana. W pewien sposób art. 90 stanowi też przepis szczególny w stosunku do art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - jest to bowiem wyjaśnienie treści oferty w zakresie sposobu obliczenia i poziomu ceny. Niemniej jednak, pomimo przywołania na wstępie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, sam zarzut Odwołującego jest zrozumiały.

Po drugie - wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jest obowiązkowym etapem procedury, bez którego nie powinno nastąpić odrzucenie oferty ze wskazaniem na przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po trzecie - odnośnie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - w ramach odwołania formułuje się zarzuty wobec zamawiającego, a nie wobec wykonawców. Jednocześnie jednak trudno formułować zarzut wobec wykonawcy braku dopełnienia obowiązku wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, jeśli jednocześnie wskazuje się, że nie był do takiego wykazania i udowodnienia w ogóle wzywany.

Po czwarte - nie jest wykluczone, że w indywidualnych przypadkach zbyt niski poziom ceny może być spowodowany błędem wykonawcy w obliczeniu ceny, np. błędnym zidentyfikowaniem przedmiotu zamówienia, nieuwzględnieniem w cenie wszystkich koniecznych jego elementów lub omyłką w obliczeniach nieuwidocznioną w samej ofercie ze względu na cenę ryczałtową. W praktyce jednak jest to rzadko wskazywane - głównie gdy wykonawca zaistnienie takiej okoliczności (wystąpienia błędu) przyzna, a sam fakt kwalifikowany jest raczej jako niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2) lub właśnie wystąpienie „rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Po piąte - Izba nie podziela poglądu Przystępującego, że Odwołujący zakwestionował sposób obliczenia przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia, nie wynika to bowiem ani ze sformułowania samych zarzutów, ani z ich uzasadnienia.

Rozpatrując postawione zarzuty dotyczące niewezwania Przystępującego i wykonawcy FBSerwis S.A. do wyjaśnień poziomu ceny i nieodrzucenia ich ofert Izba stwierdziła, że zarzuty nie potwierdziły się.

Jak wskazał Zamawiający, Przystępujący i jak wynika z dokumentacji postępowania przetargowego, Zamawiający pismem z 16 maja 2019 r., powołując się na art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Przystępującego do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. W swoim wezwaniu Zamawiający wymienił pozycje formularza 2.1.b „Bieżące utrzymanie sieci drogowej w zakresie utrzymania strukturalnego dróg i obiektów inżynierskich", co do których wyjaśnienia w szczególności go interesują: 9, 49, 61, 62, 76, 82, 83, 89, 102, 117, 118, 124, 125, 126, 136, 141, 148, 149. Część z tych pozycji (49, 61, 62, 76, 82, 83, 89, 117, 118, 124, 136, 141, 148, 149) pokrywa się z pozycjami wskazanymi przez Odwołującego w odwołaniu.

23 maja 2019 r. Przystępujący udzielił żądanych wyjaśnień, a Zamawiający wyjaśnienia te ocenił pozytywnie.

Do tej okoliczności oraz treści udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień Odwołujący w ogóle się nie odniósł w swoim odwołaniu, choć powinien - co najmniej w zakresie kwestionowanych przez siebie pozycji. Tym bardziej należałoby się odnieść do wyjaśnień stawiając zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do ww. pozycji, nr: 49, 61, 62, 76, 82, 83, 89, 117, 118, 124, 136, 141, 148, 149 formularza 2.1.b zarzut zaniechania żądania wyjaśnień w stosunku do Przystępującego należy uznać więc za niezasadny już wobec samego istnienia takiego wezwania.

Co do pozostałych wskazanych przez Odwołującego pozycji formularza 2.1.b - zarówno w ofercie Przystępującego, jak i wykonawcy FBSerwis S.A. - postawione zarzuty należy uznać za nieudowodnione, a tym samym niezasadne.

Dla skutecznego zakwestionowania czynności zamawiającego nie wystarczy bowiem, by odwołujący miał słuszność lub też przekonanie o słuszności swoich zarzutów. Konieczny jest też element ich udowodnienia.

Jak wynika z art. 6 Kodeksu cywilnego, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zgodnie zaś z art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Z obowiązku przedstawiania takich dowodów - a tym bardziej jakiejkolwiek argumentacji na poparcie zarzutów - nie zwalnia przepis art. 190 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania. Wskazuje on bowiem jedynie na rozłożenie ciężaru dowodu - przy założeniu jednak przedstawiania takowych dowodów - natomiast nie ustanawia normy, na podstawie której wykonawca może ograniczyć się do ogólnego wskazania, że oferta konkurenta jest nieprawidłowa bez przedstawiania jakiejkolwiek argumentacji i obliczeń.

W ocenie Izby, stawiając zarzut zaniechania do wezwania wyjaśnień, Odwołujący powinien chociaż uprawdopodobnić twierdzenie, że zaoferowana przez konkurenta/konkurentów cena lub koszt, lub ich istotne części składowe są „rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów".

W żadnej mierze niewystarczające są zaś stwierdzenia typu: „wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski", „koszt jest rażąco niski z uwagi na zapisy i wymogi Specyfikacji nr...", „w zakresie cen materiałów ich rynkowy koszt jest wyższy niż założony", „rynkowy koszt zakupu materiału jest bardzo wysoki w stosunku do ceny globalnej wskazanej w tej pozycji", „sam koszt usługi sprzętowej niezbędnej do załadunku/rozładunku przewyższa koszt wskazany w ofercie" itd. (identyczne stwierdzenia, bez dodatkowej argumentacji,

Odwołujący zastosował też w przywoływanym piśmie z 14 maja 2019 r.).

Zrozumiałe jest więc wskazanie Zamawiającego na wstępie, że nie był w stanie merytorycznie odnieść się do tak sformułowanych zarzutów, podobnie jak Przystępujący.

Postawienie zarzutu tego typu wymaga bowiem - jak słusznie zauważyli Zamawiający i Przystępujący - co najmniej przedstawienia w tym zakresie, dla każdej kwestionowanej pozycji, stosownych wyliczeń.

Należy także zauważyć, że często stosowane pojęcie „ceny rynkowej" jest de facto pojęciem abstrakcyjnym. Również odniesienie się do ustalonej przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia czy cen innych złożonych ofert może być tylko wstępnym odniesieniem. Faktycznie i ostatecznie badana zaś powinna być konkretna kwestionowana oferta - i koszty, które dla wykonania danego zamówienia ponosi dany wykonawca. Z tego też powodu przy tego typu zarzutach najczęściej stosowana jest metoda analityczna, w której rozpatrywane są - w razie konieczności pozycja po pozycji kosztorysu - poszczególne koszty wykonania: liczba roboczogodzin, koszt pracy pracowników, ilość i rodzaj materiałów, koszt materiałów, ilość i rodzaj sprzętu, koszt pracy sprzętu, koszt leasingu/dzierżawy/zakupu sprzętu, amortyzacja sprzętu, koszt paliwa, koszt zagospodarowania odpadów, opłaty dodatkowe należne innym podmiotom itd.

W stanowisku Odwołującego brak takowych ustaleń.

Nie można uznać za jakiekolwiek dowody w tym zakresie przedstawionych przez Odwołującego podczas rozprawy ofert. Pomijając już nawet ich wątpliwy charakter formalny - żadna z nich nie stanowi bowiem dokumentu opatrzonego oryginalnym podpisem osoby upoważnionej do reprezentacji danego podmiotu - to można uznać je co najwyżej za dowód na okoliczność, że dane osoby/podmioty złożyły oświadczenie o takiej treści, jakiej złożyły. Nie stanowią natomiast żadnego dowodu na - jak miały w założeniu - „nierynkowość" zaoferowanych przez Przystępującego lub FBSerwis S.A. cen. Są to bowiem pojedyncze oferty na pojedyncze elementy przedmiotu zamówienia, co do których nie wiadomo nawet, jak kształtują się wobec poziomu cen oferowanych na rynku.

Tym samym nie potwierdził się również zarzut zaniechania odrzucenia ofert Przystępującego i FBSerwis S.A. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podobnie Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji ani dowodów na potwierdzenie, że kwestionowana oferta rzeczywiście zawiera błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Również argumentacja Odwołującego sprowadza się w istocie do luźnego stwierdzenia, że być może zaoferowana cena jest wynikiem błędu wykonawcy.

Również za niezasadne Izba uznała zarzuty odnoszące się do braków w przekazywaniu przez Zamawiającego Odwołującemu informacji.

Na wstępie należy wskazać, że zakres informacji dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które Zamawiający zobowiązany jest przekazać wykonawcom - został wskazany w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Wynikający z ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek informacyjny zamawiającego można - w ogólności

- podzielić według kryterium grona odbiorców oraz według sposobu ujawnienia.

W kryterium grona odbiorców można rozróżnić trzy grupy informacji: informacje przekazywane konkretnym wykonawcom i ich dotyczące, informacje przekazywane wszystkim wykonawcom oraz informacje przekazywane ogółowi zainteresowanych (niekoniecznie będących wykonawcami). W kryterium sposobu ujawniania można rozróżnić informacje, które zamawiający musi ujawnić z własnej inicjatywy (np. ogłoszenie o zamówieniu, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, informacje wskazane w art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia) oraz informacje przekazywane na wniosek wykonawcy - będą to, w uproszczeniu, informacje nie należące do grupy pierwszej, a nie objęte tajemnicą.

Pomimo istniejącego od października 2018 r. obowiązku elektronizacji zamówień, a w konsekwencji posługiwania się przez zamawiających platformami zakupowymi, sam zakres informowania wykonawców nie uległ zasadniczej zmianie. Tym samym zamawiający nadal nie mają obowiązku przekazywania wszystkim wykonawcom „do wiadomości"

informacji o czynnościach podejmowanych przez siebie podczas badania ofert, korespondencji toczonej z innymi wykonawcami, jak też przesyłania im innych dokumentów

- poza tymi, co do których wyraźnie wskazano na taki obowiązek, np. w art. 92 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Zamawiający nie miał obowiązku przesyłania Odwołującemu kopii korespondencji z Przystępującym czy FBSerwis S.A., np. wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny czy udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień ani informowania go, że do takich wyjaśnień wzywał. Nie można więc mówić tu o jakimkolwiek zaniechaniu ze strony Zamawiającego, czy uchybieniu zasadzie jawności i przejrzystości postępowania, jak też równemu traktowaniu wykonawców i uczciwej konkurencji.

Nie było też sporne, że Odwołujący nie występował do Zamawiającego o przekazanie mu jakichkolwiek dokumentów z dokumentacji postępowania, a tym samym nie zaistniała okoliczność, by Zamawiający odmówił mu przekazania tych dokumentów, również z powodu tajemnicy przedsiębiorstwa (jedynym zidentyfikowanym w ramach niniejszego sporu dokumentem objętym tajemnicą przedsiębiorstwa był załącznik nr 5 do wyjaśnień Przystępującego z 23 maja 2019 r.).

Tym samym również w tym zakresie Izba nie stwierdziła zaniechania ze strony Zamawiającego, czy uchybienia zasadzie jawności i przejrzystości postępowania, jak też równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak podania przez Zamawiającego powodów odrzucenia oferty oferenta nr 6 - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KBU Sp. z o.o., ALVAC S.A. i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A.

Jak wynika z dokumentacji postępowania przetargowego oraz wyjaśnień Zamawiającego, Zamawiający 1 lipca 2019 r., dla części nr 2 postępowania, przygotował dwie informacje (pisma) - jedno, przeznaczone dla wykonawców, o którym mowa w art. 92 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz drugie, o którym mowa w art. 92 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przeznaczone do publikacji na stronie internetowej (platformie zakupowej). Jak wynika z przywołanych przepisów, informacja dla wykonawców obejmuje informacje o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z danymi wybranego wykonawcy i punktacji w ramach kryterium oceny ofert, 2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,

3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i powodach odrzucenia tych ofert,

4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu, 5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów, 6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów, 7) unieważnieniu postępowania - oraz uzasadnienie faktyczne i prawne. Natomiast informacja przeznaczona dla szerszego grona odbiorców - zamieszczana na stronie internetowej (platformie zakupowej) musi zawierać tylko informacje wskazane w punktach 1 i 5-7.

W pierwszej z informacji z 1 lipca 2019 r. wskazano, że oferta nr 6 została odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na nieprawidłowe umocowanie do podpisania oferty - podpisanie jednego z pełnomocnictw niekwalifikowanymi podpisami elektronicznymi i brak uzupełnienia tego pełnomocnictwa. Odwołujący w swojej argumentacji odnosił się tylko do informacji zamieszczonej bezpośrednio na platformie zakupowej. Zamawiający natomiast wskazał w dokumentacji postępowania przetargowego dowody przekazania kwestionowanego pisma wszystkim wykonawcom, w tym Odwołującemu - z tym, że pismo to należało na platformie odebrać (analogicznie do korespondencji e-mail).

Ze względu na zabezpieczenia dostępu do platformy ze strony Zamawiającego nie wykazał on faktu przekazania spornej informacji z użyciem platformy zakupowej, Odwołujący również nie wskazał na brak takiej korespondencji poprzez wykazanie tego z użyciem platformy zakupowej. Tym samym Izba przeprowadziła jedynie dowód z ww. dowodów przekazania korespondencji i uznała je za rozstrzygające i niezakwestionowane.

Dodatkowo, jak prawidłowo wskazał Zamawiający, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku zarzutów dotyczących braku informowania Odwołującego Izba nie stwierdziła takiego wpływu.

Wskazany przez Zamawiającego powód odrzucenia oferty nr 6 nie pokrywa się

z argumentacją Odwołującego o odrzuceniu oferty nr 6 ze względu na jej wygórowaną cenę. Zamawiający podczas rozprawy oświadczył również, iż obliczając średnią cen ofert złożonych w postępowaniu nie pominął ceny oferty nr 6. Poza tym Zamawiający wezwał wykonawcę z najniższą ceną, tj. Przystępującego do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem również ten zarzut się nie potwierdził, a także w tym wypadku brak wpływu powyższych okoliczności na wynik postępowania.

Tym samym nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając wpis w wysokości 20.000 zł i wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 złotych.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....